Número 21 – fevereiro/março/abril - 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

TRANSIÇÃO DA EXPLORAÇÃO PRECÁRIA PARA O REGIME DE CONCESSÕES: O CASO DO TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS

Carlos Ari Sundfeld
Professor Doutor da Faculdade e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e Coordenador de sua Especialização em Direito Administrativo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Jacintho Arruda Câmara
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP.

Seção 1.01 Sumário

1. Introdução. 2. Limites da competência da União para legislar sobre concessões de serviços públicos. 3. Inaplicabilidade do disposto no art. 42 da Lei 8.987/95 a serviços de titularidade estadual ou municipal. 4. Aplicabilidade das soluções previstas no art. 42. 5. Conclusões.

Seção 1.02 Resumo

O presente artigo versa sobre o processo de transição da situação de precariedade de algumas outorgas de prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros, para o regime de concessão, instituído pela Lei 8.987/95. Para tanto, serão identificados a abrangência e o alcance da nova redação dada ao art. 42 da Lei 8.987/95, em especial os seus reflexos no setor de transporte coletivo de passageiros.

Seção 1.03 Palavras-chave

Transporte coletivo de passageiros. Concessão. Serviço público.

1. Introdução

O setor de transporte urbano coletivo de passageiros é marcado pelo caráter frágil das relações jurídicas existentes entre as empresas e os entes públicos titulares dos serviços. Existem vínculos contratuais firmados sem prévia licitação; noutros casos a prestação do serviço é feita a partir de contrato já vencido; existem até situações em que há prestação do serviço sem contratação formal que lhe dê suporte. Esse é um problema crônico do setor de transporte coletivo de passageiros: a instabilidade dos vínculos formais entre o poder público e as empresas prestadoras do serviço.

A ausência de vínculo contratual formal — ou a existência deste sem licitação prévia — há muito tempo provoca insegurança jurídica. A primeira providência tomada pelo legislador federal buscando a regularização dos diversos casos ocorreu com a edição da Lei 8.987/95. Na oportunidade, determinou-se a realização de licitação e outorga de novas concessões para aqueles serviços que estivessem, até o momento, sendo explorados por particulares sem um contrato válido que lhes desse suporte (o que incluiria os prestadores sem contrato e também os que tivessem sido contratados sem licitação prévia após a Constituição de 1988). Passados mais de dez anos da edição da Lei Geral de Concessões, a situação de instabilidade ainda persiste na maioria das localidades.

A discussão que se propõe desenvolver no presente estudo envolve as possíveis soluções para esse problema, cogitadas agora em função da recente alteração da Lei 8.987/95. A alteração foi introduzida pela Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que trata primordialmente do setor de saneamento básico. De um lado, interessa saber se a nova redação dada ao art. 42 da Lei 8.987/95, que disciplina as situações de instabilidade formal na prestação de serviços públicos, seria aplicável ao setor de transporte coletivo urbano. De outro, a dúvida recai sobre os meios de solução concreta dessa situação. Sendo aplicável a norma federal, deve-se examinar como interpretá-la diante da realidade do setor, dirimindo as principais dúvidas que a confusa redação suscita. Se a conclusão for pela inaplicabilidade da regra, do mesmo modo será necessário indicar soluções concretas para o setor. Ou seja, mesmo se a lei não atingir serviços públicos estaduais ou municipais, o problema da instabilidade das relações jurídicas no setor de transporte coletivo persistirá. Sendo assim, será importante indicar quais das soluções apontadas na legislação federal são passíveis de incorporação por Estados e Municípios titulares de serviços de transporte coletivo. As questões serão enfrentadas com base no roteiro abaixo indicado.

Em primeiro lugar, serão apontados os limites constitucionalmente estabelecidos ao exercício da competência legislativa federal em matéria de concessões de serviços públicos; após a delimitação da abrangência da competência legislativa federal sobre o tema, será feito o enquadramento das normas recém-introduzidas na Lei 8.987/95 a esses limites. A partir daí será possível indicar se as referidas regras são ou não aplicáveis ao setor de transportes urbanos.

Posteriormente — seja qual for a conclusão — será analisada a viabilidade jurídica de cada solução proposta pela nova redação do art. 42 da Lei 8.987/95. Se a conclusão for pela aplicabilidade geral da norma, serão interpretadas uma a

uma as soluções previstas. Caso contrário, se for constatada a não-incidência da norma sobre serviços estaduais e municipais, será analisada a possibilidade de adoção, por iniciativa própria dos outros entes federativos, das soluções vislumbradas no plano federal.

Ao final, resumiremos as principais conclusões obtidas no estudo.

2. Limites da competência da União para legislar sobre concessões de serviços públicos

É reconhecida a competência da União para legislar sobre concessão de serviço público. Essa competência advém do dispositivo constitucional que lhe confere a atribuição de legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação envolvendo entes estatais. Eis o dispositivo em referência:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> (...)
> XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Como as concessões e permissões de serviço público foram designadas pelo próprio Texto Constitucional como "contratos" (art. 175, parágrafo único, da CF)[1], a competência legislativa para expedir "normas gerais" sobre "contratação" abrangeria tais matérias. Portanto, a União pode disciplinar as concessões apenas para fixar "normas gerais", de observância obrigatória pelos demais entes públicos.

O papel do legislador nacional na matéria deve se ater a dois condicionantes básicos. Em primeiro lugar, a lei de abrangência nacional só pode fixar "*normas gerais*" e não mandamentos de caráter específico, ou detalhado, sobre o modo de contratação de outros entes federativos. Depois, a lei deve versar exclusivamente sobre "contratação", sendo imprópria qualquer normatização federal sobre a *política de prestação do serviço público* atribuído a outras esferas de governo[2].

---

[1] Confira-se: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, *na forma da lei*, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. *A lei* disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, *o caráter especial de seu contrato* e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – a política tarifária; IV – a obrigação de manter o serviço adequado".

[2] Nesse sentido é a lição de Alice Gonzalez Borges: "A Constituição fixou, no inc. XXVII do art. 22, a competência privativa da União para expedir, em abrangência nacional, normas gerais de licitação e contratos administrativos. Porém, no mesmo passo, resguardou a autonomia normativa das unidades da Federação. Na lição sempre lembrada de Geraldo Ataliba, a suprema expressão da autonomia das ordens federadas é sua competência para legislar sobre matéria administrativa, tanto que, diz ele, quem não dispõe dos seus próprios instrumentos administrativos — principalmente das normas que estruturam e regem esses instrumentos — jamais se poderia considerar autônomo. Aliás, tão importante é, para a autonomia das ordens da Federação, a

Existe uma tradicional polêmica em torno do conceito de "norma geral" a ser observado pela União ao legislar sobre contratações e licitações públicas. Os doutrinadores se esforçam para delinear o significado da expressão. Nalguns pontos, há certo consenso. Atenderiam a tal requisito as normas que previssem princípios de observância obrigatória, que criassem modalidades licitatórias e novos tipos contratuais ou que instituíssem a obrigatoriedade de determinadas cláusulas ou a proibição de outras. Por outro lado, extrapolariam o conceito, configurando normas de caráter específico, aquelas que fixassem pormenores da divisão de competências entre funcionários, a definição de regras meramente procedimentais e assim por diante.[3]

Apesar do esforço em estabelecer um critério prévio para indicar o que seria uma "norma geral", há um certo reconhecimento de que só é possível se fazer tal classificação *a posteriori*, ou seja, diante de um caso concreto. A fixação de critérios prévios, embora perseguida por muitos, mostra-se, na prática, pouco eficaz, em virtude da indeterminação dos conceitos empregados na tentativa de definir melhor o que seria "norma geral"[4].

Mas não é apenas esse o limite de atuação do legislador nacional. Também não se mostra juridicamente viável que, a título de disciplinar as contratações estatais, norma expedida pela União verse sobre temas próprios da *regulação e da instituição de políticas públicas sobre serviços* cuja titularidade foi atribuída a outros entes federativos. A competência legislativa federal é para disciplinar a forma de *contratação*; isso, porém, não envolve as decisões que impliquem a adoção de uma determinada política para o serviço público em si. Esta última competência é própria do titular do serviço e não pode ser mitigada

---

organização de seus próprios serviços, da sua máquina, que, na Constituição, não figura expressamente a competência para legislar sobre direito administrativo, por ser visceralmente inerente a todas as pessoas de direito público que são entidades políticas." (*Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos*, Revista de Direito Público, nº 96, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, out/dez de 1990, p. 87).

[3] Nessa linha, afirma a professora Lúcia Valle Figueiredo: "Sintetizando podemos afirmar: normas gerais, no ordenamento brasileiro, têm características diferenciadas das normas (classicamente também denominadas de gerais), dispõem de forma homogênea para determinadas situações para garantia da segurança e certeza jurídicas, estabelecem diretrizes para o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos, sem se imiscuírem no âmbito de competências específicas dos outros entes federativos." (*Competências Administrativas dos Estados e Municípios — Licitações*, em "Revista Trimestral de Direito Público", nº 8, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, pp. 31-2).

[4] O professor Floriano de Azevedo Marques Neto, ao comentar acórdão do STF que examinou a constitucionalidade de dispositivo da Lei 8.666/93, foi cético em relação aos esforços doutrinários para definir "normas gerais": "O ilustre Min. Relator, no início do seu voto, bem lembra a feliz ponderação de Marçal Justen Filho, que afirma ser a formulação do conceito de 'normas gerais' uma tarefa tormentosa. Talvez sejamos um pouco menos otimistas que o brilhante administrativista paranaense, pois que nos parece de todo impossível se chegar a uma definição (ou formulação) útil — porquanto minimamente precisa — do conceito em apreço. Parece-nos que, tratando-se de *normas gerais*, o máximo possível é uma delimitação genérica do conceito, o estabelecimento de um *standard* jurídico que permita, diante de situações concretas, concluir pelo caráter genérico ou específico de uma dada norma inserida na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos." (*Normas Gerais de Licitação — doação e permuta de bens de Estados e Municípios — aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados (comentários a acórdão do STF na ADI 927-3-RS),* em "Revista Trimestral de Direito Público", nº 12, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, pp. 175-6).

pelo legislador nacional, que só recebeu poderes para definir normas gerais sobre *contratação* e não sobre *os serviços* outorgados a Estados e Municípios.

É óbvio que, em relação aos serviços de titularidade da União, a lei federal pode fixar normas definidoras de políticas públicas. Poderá, por exemplo, impor uma política de aumento de tarifas para redução do uso do serviço (no caso daqueles passíveis de escassez, como o fornecimento de energia elétrica); poderá criar um monopólio ou impor um regime de competição; poderá definir modalidades, regime jurídico de exploração, planos e metas de universalização; poderá, em suma, definir os termos da regulação dos serviços e das suas políticas. Essa competência, no entanto, decorre da titularidade do serviço e não da atribuição de editar normas gerais sobre o procedimento de contratação envolvendo entes estatais (art. 22, XXVII) ou mesmo de definir um regime jurídico das concessões, que também é espécie contratual (art. 175, parágrafo único).

Em relação a serviços públicos de titularidade de outros entes federativos, a lei nacional não poderá definir quaisquer desses aspectos relacionados à política de prestação. A competência legislativa, como a administrativa, foi conferida, nesses casos, ao próprio titular do serviço.

No que tange aos serviços de transporte coletivo de passageiros — setor objeto do presente estudo — a competência para discipliná-los foi distribuída em função de sua abrangência. Quando se tratar de transporte urbano, a titularidade e a conseqüente competência legislativa são atribuídas aos Municípios[5]; aos Estados coube o transporte intermunicipal[6] e à União foi dada a titularidade dos serviços de transporte internacional e interestadual[7].

Diante disso, é de se concluir que a abrangência da nova redação do art. 42 da Lei 8.987/95 será definida em função do tema por ela disciplinado. Se seu conteúdo tiver sido o de uma norma geral, sobre matéria envolvendo as diretrizes necessárias à contratação de serviços públicos, a abrangência será ampla, abarcando todos os entes federativos. Se não for, ou seja, se houver fixado regras de cunho específico ou que tratem de tema afeto à definição de políticas públicas acerca da gestão dos serviços, essa norma só terá incidência — sob pena de inconstitucionalidade — sobre serviços atribuídos à União.

Passaremos, então, a analisar o perfil das regras em comento.

3. Inaplicabilidade do disposto no art. 42 da Lei 8.987/95 a serviços de titularidade estadual ou municipal

Os dispositivos inseridos no art. 42 da Lei 8.987/95 buscaram disciplinar o processo de regularização de serviços públicos prestados sem instrumento

[5] Confira-se a norma constitucional que disciplina a matéria: "Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; (...) V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial".

[6] A competência estadual sobre os serviços de transporte coletivo de passageiro é residual (art. 25, § 1º da CF). Como os Municípios receberam a incumbência de explorar os serviços no âmbito local (urbano) e à União coube a prestação dos serviços de âmbito interestadual e internacional, restou aos Estados a titularidade sobre os serviços intermunicipais.

[7] "Art. 21. Compete à União: (...) XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros".

jurídico legítimo[8]. Foram criadas regras que orientam o relacionamento do poder concedente com as empresas que estejam nessa condição. Vejamos, um a um, cada novo dispositivo inserido na Lei de Concessões.

a) Nova redação do § 1º do art. 42

Em sua redação original, o § 1º do art. 42 da Lei 8.987/95 dispunha: *"Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei"*. A regra, em sua literalidade, transmitia a falsa idéia de que o poder concedente estaria obrigado a permanecer delegando o serviço, mesmo após o vencimento da concessão. Deveras, o parágrafo determinava literalmente que, após o vencimento da concessão, o poder concedente deveria abrir uma nova licitação. É óbvio que a norma não poderia ser interpretada de maneira literal. O dever de abrir uma nova licitação só surgiria, naturalmente, se persistisse a decisão política de explorar o serviço de forma indireta, isto é, por intermédio de concessão ou permissão a terceiros. Não seria plausível sustentar que a norma proibia o poder concedente de, ao invés de abrir nova licitação, reassumir o serviço, explorando-o diretamente.

De qualquer modo, a nova redação dada ao § 1º eliminou eventual dúvida a esse respeito. O parágrafo passou a contar com o seguinte teor: *"Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato"*. Restou esclarecido, portanto, que além de delegar novamente o serviço, o poder concedente pode assumi-lo diretamente, por órgão ou entidade que integre a sua estrutura administrativa.

Vale destacar que a exclusão da referência expressa ao dever de licitar, que se constata no texto novo, não representa uma autorização legislativa para a celebração de contratos de concessão diretamente, sem a realização do certame. Não foi esta a intenção do novo texto legal. Como foi visto, a mudança apenas tornou expressa uma faculdade inafastável do poder concedente: a de sempre poder optar entre prestar seus serviços diretamente ou fazê-lo por intermédio de terceiros. A lei nova não isentou o poder concedente do dever de licitar. Esta hipótese sequer teria amparo na Constituição Federal, que exige a celebração de contratos de concessão ou permissão *sempre* precedida de licitação (art. 175).

A nova redação do § 1º do art. 42, como se vê, não chega a produzir uma inovação no cenário jurídico. Trata-se de mudança que serviu apenas para exteriorizar uma norma implícita contida na própria Constituição. Referida norma, por simplesmente reproduzir as conclusões inerentes ao sistema constitucional em vigor, é de aplicação irrestrita aos entes federativos. Já o seria, vale frisar, se não houvesse qualquer previsão expressa na legislação ordinária.

b) Inclusão do § 3º do art. 42

[8] Embora as alterações legislativas tenham sido implementadas por meio da Lei 11.445/2007, que trata prioritariamente de saneamento básico, é óbvio que as normas inseridas na Lei 8.987/95 não se atinham a esse setor. Deveras, se fosse para regular apenas saneamento básico, ao invés de introduzir mudança na Lei Geral de Concessões, as medidas de caráter transitório ficariam adstritas ao próprio setor de saneamento, sem modificação alguma na lei geral.

O ponto mais significativo abordado nas alterações da Lei 8.987/95 pela Lei 11.445/2007 aparece no § 3º do art. 42. Veja-se seu inteiro teor:

> Art. 42. (...)
> § 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:
> I – levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei;
> II – celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; e
> III – publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo.

Pretendeu-se disciplinar o modo de regularização de serviços até então explorados sem base jurídico-formal consistente (as concessões de *caráter precário* a que se refere o § 2º do art. 42). Estão nessa situação as prestadoras que exploram serviços sem contrato e também aquelas cujos contratos já estão vencidos, foram celebrados com prazo indeterminado ou foram firmados sem licitação após a Constituição de 1988.

O dispositivo prevê um prazo máximo de manutenção dessas situações instáveis. Elas poderão perdurar até 31 de dezembro de 2010, desde que, até 30 de junho de 2009, seja atendida uma série de requisitos. Em suma, os requisitos são os seguintes: a) realização de levantamentos para aferir a existência de eventual direito ao recebimento de indenização por parte do concessionário; b) celebração de acordo entre poder concedente e concessionário, fixando o valor e a forma de pagamento de indenização; e c) publicação de ato formal do poder concedente autorizando a prestação do serviço, em caráter precário, por 6 meses, prazo que seria renovável até 31 de dezembro de 2008.

É importante destacar a incongruência entre as datas estabelecidas no referido parágrafo. No seu início, fica claro que a vigência poderia ir até 31 de dezembro de 2010, desde que determinados requisitos fossem atendidos até 30 de junho de 2009. Entretanto, o último dos requisitos fixados (contido no inciso III

do § 3º), indica a necessidade de publicação de ato de autorização de exploração do serviço em caráter precário, por prazo de 6 meses, com prorrogação até 31 de dezembro de 2008. Ou seja, o prazo para a exploração em caráter precário se extinguiria antes mesmo do prazo fixado para o cumprimento das condições.

A única maneira de solucionar a contradição é simplesmente desconsiderar a data prevista no inciso III, admitindo o erro material do legislador (que deveria ter grafado 31/12/2010 e não 31/12/2008). Nesse caso, deve-se interpretar a norma tomando por base apenas a data existente na cabeça do parágrafo, o que leva o prazo máximo de exploração até 31 de dezembro de 2010. Seria totalmente descabido interpretar o dispositivo como se ele houvesse limitado a vigência da situação transitória até 31 de dezembro de 2008. Tal conclusão eliminaria por completo o sentido da parte inicial e mais importante da norma.

Independentemente dessa questão relativa à aplicação dos prazos, é perfeitamente possível identificar se a norma em comento está inserida no âmbito de competência do legislador nacional.

Este parágrafo não se atém ao mero estabelecimento de normas gerais sobre contratação. Ele disciplina situações de fato, constituídas em desatenção às normas constitucionais e legais aplicáveis à delegação de serviços públicos.

A Lei 11.445/2007, ao dar nova redação ao art. 42 da Lei 8.987/95, fixou um procedimento de regularização dos serviços públicos que estavam sendo prestados por particulares sem uma base contratual válida. Determinou-se a realização de um levantamento da situação econômico-financeira do prestador de serviço e posterior celebração de um acordo entre poder concedente e prestador do serviço. Atendidos os requisitos, a nova lei autoriza a permanência da exploração do serviço até, no máximo, 31 de dezembro de 2010.

Tais providências, naturalmente, não regulam contratos de concessão ou permissão de serviços públicos. Ao contrário, mostra-se evidente que *o objeto disciplinado é de natureza extracontratual*. Não foram estabelecidos critérios de seleção de propostas, cláusulas contratuais de caráter obrigatório, requisitos formais ou materiais para a celebração dos contratos ou qualquer outra decisão de caráter geral que envolva uma *contratação* propriamente dita.

A decisão quanto ao modo de enfrentar uma situação de fato constituída, que envolva a prestação de serviços públicos, é de competência exclusiva do titular do serviço público em questão. Se um dado serviço público está sendo prestado por particulares sem o respaldo formal necessário, cabe ao ente titular do serviço — e só a ele — decidir como resolver a pendência.

Uma coisa é certa: não é possível que terceiros assumam a exploração de serviços públicos sem base em contrato de concessão (ou permissão) válido, que seja precedido de licitação. Se, por motivos vários, existem situações concretas nas quais se observa essa irregularidade, caberá ao ente responsável pelo serviço implementar as providências para que a Constituição passe a ser observada. O legislador nacional não recebeu competência para disciplinar o assunto.

A maneira de viabilizar a substituição de prestadores desprovidos de vínculo jurídico formal há de ser definida pelo titular do serviço. Trata-se de decisão inerente à política regulatória do serviço e, neste contexto, não pode ser

tomada por outro ente que não seja o seu titular. O papel do legislador nacional, como não poderia deixar de ser, restringe-se à fixação das normas gerais relativas à *licitação* e ao *modo de contratação*. O titular do serviço público, por seu turno, tem o dever de assegurar sua continuidade, é o responsável pelo pagamento de eventuais indenizações, e tem a atribuição de optar entre assumir o serviço ou delegá-lo a particulares.

Diante disso, não faz sentido que uma norma expedida pela União detalhe as etapas que devem ser seguidas nesse processo de regularização (estabelecendo, inclusive, prazos máximos a observar). A medida é imprópria, pois pressupõe uma identidade de situações que não existe. Deveras, nada impede que um determinado ente, diante da necessidade de regularização, opte por constituir estrutura própria e assuma o serviço. Nesse caso, naturalmente, precisará de mais tempo do que outro, cuja decisão tenha sido de manter o serviço em regime de delegação a particulares. O caráter específico dos problemas a enfrentar inviabiliza soluções gerais, impostas nacionalmente.

Em suma, cada ente, ao regularizar as eventuais situações de instabilidade jurídico-formal, deve se ater apenas às normas gerais editadas pelo Congresso Nacional que digam respeito à licitação e ao modo de contratação a ser observado. A decisão sobre *como* implementar essa regularização, todavia, cabe a si próprio, ente titular do serviço. Portanto, a regra de transição imposta pelo § 3º do art. 42 da Lei 8.987/95 só vincula a própria União.

No caso dos serviços de transporte coletivo de passageiros, a solução preconizada no citado dispositivo só recairia sobre os serviços de âmbito internacional e interestadual, uma vez que são estes os de titularidade federal. Os demais entes federativos devem enfrentar autonomamente o problema da regularização das outorgas de serviços públicos. O que os vincula é o preceito constitucional que exige licitação para outorga de concessão ou permissão. Assim, é certo que situações de irregularidade haverão de ser solucionadas; mas o modo de fazê-lo só pode ser definido pelo próprio titular do serviço.

(a) c) Inclusão dos §§ 4º e 5º

Os §§ 4º e 5º acrescidos ao art. 42 da Lei 8.987/95 indicam as providências a tomar se não houver acordo entre o poder concedente e a empresa prestadora do serviço.

Confiram-se os dispositivos em comento:

> Art. 42 (...)
>
> § 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes.

§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.

O § 4º, como se vê, impõe a contratação de uma empresa de auditoria independente para fixar o valor da indenização, com base nos critérios ali estabelecidos. Segundo a norma, a empresa de auditoria deve ser escolhida de comum acordo entre o poder concedente e a empresa prestadora do serviço. Não se define, porém, como se dará a escolha se as partes não concordarem em relação a um nome. O § 5º, por sua vez, estabelece a forma como deve ser feito o pagamento de eventual indenização. A lei previu o pagamento, mediante garantia real, em 4 parcelas anuais, iguais e sucessivas, sendo a primeira paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão dos bens do concessionário ao poder concedente.

Trata-se, nos dois casos, de decisão alheia à fixação de regras gerais sobre contratos. Mais uma vez o legislador editou regra que só vincula a União, já que a forma de pagamento de eventual indenização — que não decorre sequer de contratação regular, mas sim de situação de fato — não pode ser disciplinada em norma de caráter nacional.

(b) d) Inclusão do § 6º

Art. 42 (...)

§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço.

Nesse caso a previsão envolve a contratação a ser firmada com o novo prestador do serviço. A norma autoriza expressamente a inclusão de débitos oriundos da exploração anterior do serviço no novo contrato. Para tanto, a lei exigiu que houvesse acordo entre o poder concedente e a antiga empresa incumbida de prestar o serviço. Sem acordo, não será possível transferir o débito para o novo concessionário. A ausência de acordo, lembre-se, remeterá o poder concedente (quando for a União, frise-se) a realizar a quitação de eventuais débitos nos termos dos §§ 4º e 5º acima citados.

A regra possui duas vertentes. Numa visão mais ampliativa, a norma representaria uma autorização geral para que se inclua débito oriundo da exploração do serviço em concessão futura. Outra possível interpretação teria caráter mais reduzido, de modo a vincular esse instrumento (transferência de débito) à realização de acordo envolvendo a situação transitória em tela. Sob o primeiro aspecto, qual seja, o de disciplinar as futuras contratações, a norma pode ser interpretada como uma norma de caráter geral, envolvendo regras sobre a

celebração de contratos de concessão. O poder concedente (a União ou qualquer outra unidade federativa), estaria expressamente autorizado a incluir como ônus do contratado o pagamento de débito oriundo da exploração pretérita do serviço. A norma seria apenas dispensável, uma vez que a legislação anterior já permitia referida prática. Quanto à disciplina desse modo específico de quitação, porém, não há que se falar, pelas razões já expostas, de norma geral, de aplicação cogente a todos os entes federativos. Seria uma regra para disciplinar apenas as pendências envolvendo a União.

4. Aplicabilidade das soluções previstas no art. 42

Apesar de as novas regras incorporadas ao art. 42 da Lei 8.987/95 serem obrigatórias apenas para serviços de titularidade federal, nada obsta que as soluções trazidas sejam adotadas pelos demais entes federativos.

Como já foi visto no tópico anterior, é o próprio titular do serviço que deve decidir como adequá-lo aos ditames constitucionais. As principais normas recém-incluídas na Lei 8.987/95, portanto, não vinculam Estados e Municípios. Elas obrigam apenas à União, unidade federativa que as editou.

A ausência de vinculação, porém, não isenta os demais entes federativos do dever de solucionar as pendências eventualmente existentes sobre os serviços de sua titularidade. Serviços públicos explorados por particulares, sob regulação estatal, mas sem base contratual vigente, devem ser regularizados no menor tempo possível. A edição de lei federal sobre o tema, mesmo que não seja aplicável aos demais entes federativos, enaltece o dever jurídico de solucionar as situações de instabilidade eventualmente existentes.

Diante deste dever, é possível que Estados e Municípios adotem, por deliberação própria, soluções semelhantes àquelas previstas na legislação federal. Adaptando as regras introduzidas no art. 42 da Lei 8.987/95 às peculiaridades de seus serviços, os demais entes federativos podem, autonomamente, implementar soluções semelhantes às previstas para os serviços de titularidade da União.

Vejamos a plausibilidade jurídica da implementação de cada medida.

(c) a) Fixação de prazo razoável para solucionar a situação de pendência

Como já foi dito, é inquestionável a necessidade de adequação das situações em que a prestação de serviços públicos esteja delegada sem a devida licitação e até mesmo sem instrumento jurídico formal que lhe dê suporte. Todavia, a adequação de uma realidade de fato constituída, e de grande complexidade, não pode ser feita instantaneamente.

Visando preservar a continuidade na prestação do serviço público, seu titular pode, a exemplo do que previu o legislador federal, estabelecer prazo capaz de assegurar uma adequada transição para um modelo formalmente coadunado com a Constituição.

Esse prazo precisa ser suficiente para a elaboração dos editais de licitação (caso a decisão seja por delegar o serviço em regime de concessão) ou para estruturar a própria Administração Pública (se for decidido que o serviço passará a ser prestado diretamente pelo Poder Público). Além disso, durante esta

transição, devem ser realizados os estudos necessários à apuração de eventuais pendências econômicas entre o poder concedente e a empresa prestadora do serviço.

O prazo, frise-se, deve ter caráter transitório. Há de ser apenas suficiente para a adoção das providências necessárias à implantação do novo sistema de exploração do serviço. Mas não se pode admitir que, a pretexto de realizar tais providências, busque-se a prorrogação por prazo longo ou indeterminado da situação de instabilidade jurídica.

Não há como definir, *a priori*, o prazo ideal. Esse tempo variará em função das características do modelo de exploração a ser adotado em cada caso. De todo modo, como referência, pode se tomar como razoável o prazo máximo fixado pelo legislador federal[9]. Isto, porém, não impede que cada ente federativo preveja um prazo próprio, que seja adequado à realidade de seus serviços, podendo ser inclusive menor do que o fixado na legislação federal.

(d) b) Ressarcimento por prejuízos decorrentes da exploração do serviço

A ausência de contrato formal disciplinando a exploração de serviço público realizada por terceiro não isenta o poder concedente de responsabilidade por eventuais danos ou prejuízos impostos a esse prestador.

O direito brasileiro reconhece a possibilidade de relações jurídicas oriundas de contratos inválidos produzirem efeitos patrimoniais para compensar o ex-contratado. Não é porque um contrato é inválido (ou mesmo inexistente), que as prestações já executadas pelo contratado haverão de ser desconsideradas[10]. A Lei 8.666/93 (aqui aplicável por analogia) reconhece expressamente o dever de a Administração indenizar em virtude de contratos inválidos já executados. Veja-se:

> Art. 59. (...)
> Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

É importante destacar que o prestador, mesmo sem contratação válida, atua como delegatário oficial do titular do serviço, com sua aquiescência, mesmo que tácita. Trata-se de empresa formalmente constituída, que recolhe tributos e se sujeita às normas regulamentares editadas pelo concedente. O ente público titular do serviço se vale da atividade prestada por terceiro, não só tolerando a situação, como também exercendo rigorosa disciplina sobre ela. O poder concedente, por exemplo, entre várias outras medidas de índole regulatória, impõe padrões mínimos de qualidade, estabelece metas de ampliação do serviço, determina a tarifa a ser cobrada dos usuários, bem como as pessoas que se beneficiarão de gratuidades.

---

[9] Depreende-se do confuso texto do § 3º, do art. 42 da Lei 8.987/95, que, no máximo, o período prévio à celebração do acordo possa ir até 30 de junho de 2009.

[10] Sobre o tema v. Jacintho Arruda Câmara, *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

Não há como confundir, portanto, referida situação com a de empresas que atuam de forma clandestina, sem o conhecimento, ou mesmo contra a determinação, dos organismos estatais responsáveis pelo serviço. Prestadores de serviços clandestinos atuam ilicitamente, de maneira furtiva, à margem do Direito. Por essa razão não possuem quaisquer salvaguardas ou garantias em relação à atividade desenvolvida.

Quando, porém, a prestação do serviço por terceiro é promovida por seu titular, ainda que sem vínculo formal ou válido, a situação jurídica do prestador muda completamente de figura. Sua atividade apenas não se encontra vertida em contrato formal. Todavia, está longe de ser antijurídica. Por seu intermédio o serviço público está sendo oferecido à população. O dever de continuidade do serviço público, ônus atribuído ao poder concedente, vem sendo cumprido por seu intermédio e à sua custa. Não é, portanto, uma realidade a ser desprezada ou punida pelo Direito.

A adequação a ser feita diz respeito à devida formalização da prestação do serviço. Não há como manter indefinidamente a situação de informalidade, com sua conseqüente insegurança jurídica. Porém, é possível que, no momento da regularização do serviço, surja alguma pendência econômica entre quem o assumia informalmente e seu titular (poder concedente). A regularização, mesmo que demande providências imediatas, não prescinde de uma transição para acomodar situações desse jaez. Foi esta a mensagem clara da lei federal que, como exemplo inspirador, merece acolhida pelas demais esferas político-administrativas da Federação.

Uma das possíveis situações de pendência envolve a eventual reversão de bens afetados à prestação do serviço público – ou seja, a transferência dos bens constituídos ou mantidos pelo prestador ao patrimônio do titular do serviço. Numa concessão devidamente formalizada, esta transferência de bens ocorrerá normalmente ao término do prazo contratado, quando, em tese, os investimentos feitos na aquisição e manutenção dos bens já estariam amortizados pela exploração regular do serviço.

Nos casos disciplinados pela lei federal, cogita-se a transferência de bens, mesmo quando não há contrato disciplinando a medida. Não existe uma equação econômico-financeira contratualmente estabelecida para ser verificada. Todavia, o legislador previu a realização de levantamentos de índole econômico-financeira para apurar se há bens a transferir e qual a situação dos investimentos destinados à sua aquisição. Constatada a realização de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, a lei reconhece o dever de o poder concedente indenizar o antigo prestador do serviço.

Essa medida se justifica apesar da ausência de previsão contratual a respeito. É decorrência direta da aplicação do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa e da moralidade administrativa. Se o particular investiu em determinada infra-estrutura ou em equipamentos, na expectativa de amortizar esse investimento com a exploração do serviço e, antes de amortizá-lo, se vê obrigado a transferir os bens ao poder concedente, não seria justo que este se beneficiasse do investimento alheio, apropriando-se sem contrapartida ao investidor. Para evitar tal conduta, proscrita pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa e o confisco, é que a lei federal determinou a realização de levantamentos para apurar a existência de investimentos não amortizados nos serviços que serão objeto de nova licitação. A existência de

recursos não amortizados produzirá a obrigação de o concedente compensar o prestador do serviço, por um dos mecanismos fixados na lei.

Tal prática pode ser perfeitamente adotada por Estados e Municípios que apresentem situação semelhante. Antes de encampar ou transferir o serviço, tais entes apurariam a existência de investimentos não amortizados, a fim de compensar devidamente o atual prestador do serviço.

Mas essa não é a única possibilidade de pendência econômica que pode surgir no processo de regularização da exploração de serviços públicos.

A regulação estatal, que impõe obrigações e controla rigidamente os instrumentos de remuneração dos prestadores, pode dar ensejo a prejuízos, independentemente da reversão de bens. Comprovada essa situação de fato, é necessário recompor os danos sofridos pelos prestadores de serviço. Mais uma vez, a base jurídica para a recomposição do dano não será o contrato. Não é o direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro, típico de regime contratual, que servirá de arrimo para a indenização. O fundamento será outro. O dever de indenizar, na hipótese, decorrerá da regra constitucional que responsabiliza o poder público por danos causados a terceiros (art. 37, § 6º da Constituição Federal). No caso, o dano seria o prejuízo na operação do serviço e a causa geradora do *déficit* seria a regulação imposta pelo poder concedente.

A circunstância de o prestador atuar em situação deficitária por um dado período não pode ser interpretada como uma aceitação sua ao prejuízo (a eliminar qualquer direito à indenização). A exploração de um serviço público delegado é marcada por períodos de defasagem tarifária, sem que isso signifique aceitação de prejuízo pelo prestador. O que tais períodos proporcionam é a necessidade de revisões periódicas nas condições econômicas da delegação. Não se pode, a cada perda momentânea, suspender o serviço ou abandoná-lo. Como se trata de relação de trato sucessivo, por prazo longo, é natural que as empresas exploradoras operem no prejuízo por um lapso razoável de tempo. Sua expectativa, amparada pelo Direito, é a de que, em período subseqüente, o *déficit* seja compensado e o equilíbrio da relação jurídica original acabe restabelecido.

Também seria impróprio imaginar que, ao prestador, bastaria abandonar o serviço quando este começasse a dar prejuízo. Mesmo nas situações ditas precárias (com contrato inválido, vencido ou inexistente), o prestador do serviço estaria sujeito ao dever de continuidade. Portanto, não lhe seria permitido pura e simplesmente abandonar a atividade no momento em que ela não mais o interessasse. A própria Lei 8.987/95 determina que a liberação do contratado do vínculo com o poder concedente, mesmo nas situações de inadimplemento do Poder Público, depende de decisão judicial transitada em julgado (art. 39, parágrafo único[11]). No caso em tela, por paralelismo, o prestador também haveria de buscar no Judiciário uma decisão que lhe isentasse do dever de fornecer o serviço público. A suspensão abrupta, mesmo que motivada por eventual nulidade do contrato (ou ausência deste) poderia ser considerada ato ilícito causador de danos a terceiros (inclusive ao Estado), gerando sua responsabilidade patrimonial.

[11] "Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado".

Vale ressaltar que, tanto num caso (o de enriquecimento sem causa advindo da reversão de bens) como no outro (o de responsabilidade do Estado por prejuízos acarretados pela regulação), a existência de prejuízo não é pressuposta. A indenização só será devida se for efetivamente comprovado o prejuízo sofrido pelo prestador do serviço. Trata-se, portanto, de requisito de natureza fática, a ser demonstrado por intermédio de estudos técnicos ("levantamentos", na linguagem empregada na nova redação do art. 42 da Lei 8.987/95)[12].

Juridicamente, no entanto, a situação é clara. Se, no momento da extinção da relação extracontratual por meio da qual se presta o serviço, for demonstrada a existência de prejuízo ao prestador, esse terá direito à correspondente indenização.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no entanto, mostrava-se titubeante a respeito do tema. Em alguns julgados envolvendo o pleito de permissionárias de serviço de transporte coletivo, o referido Tribunal decidiu pela inexistência do direito dessas empresas receberem indenização por prejuízo oriundo da política tarifária implantada pelo poder concedente. Empregou-se o argumento de que a relação contratual (permissão ou concessão) carecia de validade por falta de licitação e, por isso, não haveria direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro que assegurasse a recomposição do prejuízo[13]. Existem também julgados em sentido inverso. O mesmo Tribunal, examinando o pedido de revisão tarifária de empresa prestadora de transporte coletivo, reconheceu o direito à recomposição, justamente por entender que o vínculo existente (de permissão com prazo determinado) ensejaria o direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro[14].

As decisões mencionadas, todavia — sejam no sentido de reconhecer o direito à recomposição, sejam na linha de rejeitá-lo — levam em consideração aspecto estranho ao verdadeiro tema em debate. Não há que se falar em equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não existe contrato em vigor. *Mas tal circunstância não suprime o direito à indenização*. Esse direito há de ser verificado em função da *situação de fato* existente. Se a transferência de bens do prestador do serviço ao poder concedente implicar enriquecimento desmotivado deste último, será devida a indenização correspondente ao valor investido e não amortizado. De outro lado, se a regulação do serviço, envolvendo a política tarifária praticada e o conjunto de obrigações impostas, propiciar prejuízo ao prestador, este, do mesmo modo, terá direito a receber indenização pelo dano

---

[12] Tais levantamentos devem considerar todos os investimentos realizados pelo prestador para assegurar a viabilização e a operação do serviço (e não apenas os diretamente necessários a constituir os bens reversíveis, como deixa transparecer a nova redação do art. 42 da Lei 8.987/95). Resultará em direito à indenização os prejuízos decorrentes de um sistema no qual os custos fossem superiores à receita, ou seja, quando o valor da *tarifa técnica* (aquela que seria necessária para cobrir os custos e a remuneração do prestador) fosse maior do que a tarifa efetivamente praticada (*tarifa social ou política*) e não tivesse havido qualquer compensação por parte do poder concedente.

[13] Recurso Especial nº 400.007-MG, 2ª Turma do STJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10 de dezembro de 2002 (com precedentes citados Resp 410.367/MG e Resp 403.905/MG).

[14] Recurso Especial nº 120.113-MG, 1ª Turma do STJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 13 de junho de 2000.

sofrido (agora com fundamento no art. 37, § 6º da Constituição Federal). Em nenhum dos casos a indenização decorreria diretamente do contrato (uma vez que este já expirou ou simplesmente não existe), mas sim da situação de fato confrontada com as normas que impõem o dever de o Estado indenizar os danos causados e que proíbem seu enriquecimento ilícito.

A nova redação do art. 42 da Lei 8.987/95 veio confirmar o dever de recomposição de danos acarretados pela exploração do serviço sem a devida formalização. Deveras, se já houve decisões judiciais conflitantes a respeito, a dúvida não tem razão para perdurar diante do novo ambiente legislativo. As alterações implementadas no art. 42 da Lei 8.987/95 reconhecem expressamente o direito de empresas nessas situações receberem compensações econômicas. Não bastasse a clara determinação dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso, o dever de indenizar é objeto agora de expressa previsão legal.

Nesse contexto, mostrar-se-á legítima a postura dos entes estatais não colhidos pela norma (Estados e Municípios), que optem por apurar a existência de dano e, nos casos em que este for constatado, tomem providências efetivas para indenizá-lo. Vejamos, agora, os mecanismos que podem ser implementados para viabilizar os ressarcimentos oriundos do período de exploração informal de serviços.

(e) c) Possíveis formas de compensação

Como foi dito, é possível que, a partir do levantamento da situação econômica do prestador de serviço público, seja constatado prejuízo a ser compensado pelo poder concedente. Nesse caso, existem algumas opções para se efetivar o ressarcimento. Vejamos a viabilidade de cada uma.

c.1) extensão de prazo de exploração do serviço

Uma possível forma de compensar o prestador do serviço, por prejuízos decorrentes de investimentos não amortizados ou da política regulatória de um modo geral, pode ser a extensão do prazo de exploração do serviço[15].

Nesse caso, seria estendida a prestação do serviço pela mesma empresa, *apenas pelo tempo necessário à compensação do débito efetivamente demonstrado*. Esse prazo, todavia, não pode caracterizar uma nova outorga. Há, portanto, que ser feita por um período de tempo limitado, que não seja suficiente para caracterizar uma contratação autônoma (o que ofenderia o dever de licitar).

Mais uma vez, não será possível determinar um prazo certo, que deva ser aplicado nas diversas situações concretas existentes. Aqui também parece razoável tomar como referência o prazo máximo da legislação federal (art. 42, § 3º), que se encerra em 31 de dezembro de 2010.

Há de se ressaltar, por fim, que referida providência só pode ser implementada uma única vez. A passagem do prazo sem a devida compensação

[15] Sobre a possibilidade de dilação do prazo das concessões como mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro de concessões, aprofundar em: Carlos Ari Sundfeld; Jacintho Arruda Câmara; Rodrigo Pagani de Souza. *Concessão de Serviço Público: limites, condições e conseqüências da ampliação de encargos da concessionária.* Em "Direito Administrativo Brasil-Argentina – Estudos em homenagem a Agostín Gordillo". Coord. Farlei Martins Riccio de Oliveira. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2007, pp. 25-44.

econômica eliminaria a possibilidade de nova prorrogação. Deveras, se não for assim, a prorrogação do prazo poderia ocorrer repetidamente, o que, na prática, tornaria indeterminado o prazo da outorga. Para dar cumprimento ao preceito constitucional que exige prévia licitação, a extensão de prazo poderá ocorrer só uma vez, e, mesmo assim, pelo período de tempo estritamente necessário à compensação dos prejuízos do prestador.

c.2) pagamento de indenização pelo poder concedente

A forma mais direta de compensação seria o simples pagamento realizado pelo concedente à empresa prestadora do serviço.

O mecanismo não apresenta maiores dificuldades de implementação sob o ponto de vista jurídico. Para que o pagamento seja juridicamente justificado, basta a comprovação, mediante processo administrativo que reúna a fundamentação necessária, da existência de dano a indenizar.

A dificuldade que pode surgir é de índole fiscal, orçamentária. É possível que, em muitas situações, o poder concedente não apresente disponibilidade orçamentária para arcar com o valor da indenização.

Um mecanismo para reduzir os efeitos da restrição orçamentária seria propor o pagamento parcelado, a exemplo do que prevê a legislação federal (cf. art. 42, § 5º da Lei 8.987/95). Neste ponto, como nos demais aspectos já comentados, não há exigência de que os outros entes federativos adotem a mesma fórmula de pagamento prevista pelo legislador federal (que, além do parcelamento em 4 pagamentos iguais, anuais e sucessivos, prevê a dação de uma garantia real ao pagamento). Cada ente político poderá prever a fórmula de pagamento mais adequada à sua disponibilidade financeira.

c.3) ressarcimento pelo futuro concessionário do serviço

Outra possibilidade de compensação do prestador do serviço seria a transferência do ônus para a empresa que vier a assumir o serviço após a licitação. Nessa hipótese, os custos da compensação continuariam atrelados ao serviço.

Esse método também está previsto expressamente nas inovações postas na Lei 8.987/95. Contudo, independentemente desta previsão, nada impediria que, por deliberação do poder concedente, cláusula com esse conteúdo (de transferência de ônus decorrentes da exploração anterior do serviço) fosse inserida em contratos de concessão[16]. Seria providência absolutamente legítima, que consubstanciaria obrigação assumida voluntariamente pela empresa vencedora da licitação.

A exemplo da extensão de prazo (opção “c.1”, comentada acima), essa forma de ressarcimento do antigo prestador tem a vantagem de prescindir de

[16] Em sua redação original a Lei 8.987/95 já admitia que determinados débitos do poder concedente fossem transferidos à nova concessionária. Veja-se: “Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”.

recursos orçamentários (escassos na maioria dos casos). Com a transferência da dívida ao novo contrato de concessão a ser firmado, ao invés de reverter o prejuízo do setor para as fontes gerais de arrecadação do poder concedente, ele será absorvido pela própria exploração do serviço.

c.4) recusa do prestador do serviço

É importante frisar, como observação de caráter geral, que a opção tomada pelo poder concedente não inibirá a possibilidade de questionamento por parte do antigo prestador do serviço.

Caso o prestador do serviço não concorde com os termos propostos pelo concedente, poderá recorrer ao Judiciário, para que este declare seu direito de receber determinada indenização e, posteriormente, poderá executar o respectivo crédito (no sistema de precatórios).

A solução que venha a ser adotada pelo poder concedente só terá o condão de dirimir litígio com o antigo prestador do serviço se for por ele considerada justa e razoável.

(f) d) Aplicabilidade das soluções a situações oriundas de contratos de permissão

No setor de transporte coletivo de passageiros, tradicionalmente, fez-se uso de contratos de permissão para formalizar os vínculos entre concedente e prestador do serviço. A designação, porém, confundia o regime jurídico do instituto. Ao invés de atos de natureza unilateral e precária (como eram caracterizadas pela doutrina), as permissões do setor de transporte eram marcadas pelo caráter nitidamente contratual, no mais das vezes com prazo determinado, o que eliminava sua condição de precariedade absoluta. O vínculo jurídico, portanto, possuía características mais próximas de uma concessão do que propriamente de uma permissão, se esta fosse considerada em sua acepção tradicional.

Para a situação em análise, essa questão terminológica pode gerar dúvidas. As disposições transitórias contidas na Lei 8.987/95 criam regras para a adaptação de “concessões precárias”. Seriam elas aplicáveis a serviços explorados sob o regime de “permissões”?

Trata-se de um falso problema. Em primeiro lugar, as referidas previsões da Lei 8.987/95 não possuem aplicação geral, como já foi visto. Elas afetam apenas serviços de titularidade federal. Os serviços de transporte coletivo de âmbito municipal e estadual, portanto, hão de ser disciplinados por normas próprias, editadas pelos respectivos titulares do serviço. A referência específica à terminologia adotada no setor, portanto, pode ser perfeitamente incorporada nas soluções específicas fixadas caso a caso. Ademais, interpretando-se a própria norma de abrangência federal (art. 42 da Lei 8.987/95), é necessário concluir que sua aplicação também se daria a situações concretas nas quais, em sua origem, o pacto firmado fosse uma “permissão” de serviço público. Vejamos.

Ao referir-se a “concessões precárias”, a lei quis disciplinar qualquer situação concreta em que houvesse exploração de serviço público em nome de terceiro, sem o devido título jurídico formal (independentemente da terminologia empregada anteriormente). Não pode ser outra a interpretação dada ao

contraditório termo “concessão precária”, até porque, concessão, por definição, jamais seria precária. Ao usar o termo, o legislador definiu uma situação de “não-concessão”, por assim dizer. São casos em que a segurança jurídica proporcionada pela concessão cedeu lugar à instabilidade da mera realidade fática, sem lastro formal que lhe desse guarida.

A menção à precariedade do vínculo, portanto, deixa evidente que o tipo contratual “concessão” não foi utilizado em sentido estrito, mas sim para passar a idéia de que as situações tratadas envolviam exploração de serviço público por terceiros (que não o poder concedente). A mencionada precariedade, por seu turno, busca enaltecer a circunstância de que, nessas situações-problema, o prazo formalmente dado para a exploração já se encontrava expirado ou mesmo que não havia qualquer vínculo jurídico formal (ausência de qualquer contrato).

Não faz sentido, nesse contexto, excluir a aplicação dessas regras de conformação a setores nos quais as relações jurídicas tenham sido formalizadas com base em instrumentos denominados de permissão. Nesses casos, como em quaisquer outros, o que é determinante para a aplicação das soluções previstas na lei em exame é a caracterização do término do vínculo, com a permanência da exploração mantida pela Administração titular do serviço.

Artigo2

5. Conclusões

Foram essas, em suma, as conclusões extraídas ao longo do presente estudo:

a) O art. 42 da Lei 8.987/95 (com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.445/2007) é uma norma de caráter específico, que visa a disciplinar questões próprias à gestão das políticas governamentais sobre os serviços públicos. As decisões contidas na nova redação dada ao art. 42 envolvem a disciplina *de situações de fato* constituídas a partir da exploração de cada serviço e não o regime das *contratações*. Dizem respeito ao modelo de gestão dos serviços, que precisa se adequar às normas constitucionais. A disciplina de tais matérias não está inserida entre as competências legislativas privativas da União, que se resumem à edição de normas gerais envolvendo licitação e contratação. Portanto, as previsões fixadas pelo art. 42 da Lei 8.987/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.445/2007, são aplicáveis apenas aos serviços de titularidade da União, não atingindo aqueles atribuídos a Estados e Municípios.

b) Em relação ao setor de transporte coletivo de passageiros, as prescrições só atingem diretamente os serviços de âmbito interestadual e internacional, uma vez que estes são de competência da União. Os serviços de transportes intermunicipais e os municipais devem ter suas eventuais situações de pendência definidas com base em decisões dos titulares do serviço (Estados e Municípios, respectivamente).

c) Apesar de os novos dispositivos inseridos no art. 42 da Lei 8.987/95 serem vinculantes apenas para os serviços de titularidade federal, nada obsta que

suas soluções sejam aplicadas espontaneamente por outros entes federativos que se encontrem em situação semelhante.

d) O dever de solucionar as situações de pendência – nas quais serviços públicos são prestados por empresas que não possuem contrato em vigor – decorre da própria Constituição e é direta e imediatamente aplicável a todos os entes federativos, independentemente da previsão recém-encartada na Lei 8.987/95. Estados e Municípios que mantenham serviços públicos em tais condições, portanto, devem resolver referidos problemas de ordem factual. Para tanto, possuem autonomia, assegurada pela Constituição, para adotar a solução mais conveniente e compatível com a realidade do serviço público que está sob sua responsabilidade. Nesse contexto, torna-se viável, inclusive, a adoção de soluções semelhantes às encampadas pelo legislador federal.

e) Uma providência legítima a ser tomada no processo de regularização dos serviços envolve a realização de levantamentos econômicos para apurar eventuais pendências entre poder concedente e empresa prestadora do serviço. Se, para extinção da prestação precária do serviço, houver necessidade de transferência de bens (reversão) que ainda não tenham sido amortizados, será devida indenização ao prestador com fundamento no princípio da proibição do enriquecimento sem causa e do confisco. Também será devida indenização ao prestador do serviço se for comprovada a ocorrência de prejuízo motivado pela regulação imposta pelo poder concedente. A indenização, neste último caso, seria lastreada na regra que impõe a responsabilidade do Poder Público pelos danos que cause a terceiro (art. 37, § 6º da CF). Nas duas hipóteses a obrigação de indenizar terá origem extracontratual.

f) É possível determinar um período de transição para implementação das medidas necessárias à regularização formal dos serviços. Para tanto, deve ser previsto prazo que seja suficiente para a realização de levantamentos técnicos e econômicos visando o processo de assunção do serviço ou a preparação do edital de licitação para outorga a terceiro. Se for constatada a necessidade de compensar economicamente o prestador do serviço, o poder concedente terá opção de fazê-lo diretamente ou adotar fórmulas alternativas, como delegar prazo remanescente para a exploração do serviço (desde que este seja razoável e suficiente para recompor o dano), ou transferir o ônus para o novo concessionário, a ser escolhido mediante licitação.

g) Por fim, há de salientar-se que referidas soluções são aplicáveis quando houver situação de exploração de serviços públicos por particulares mantidas pelo poder concedente, mas sem a devida formalização. Nesses casos, independentemente do nome dado ao título jurídico que deu origem à situação de fato (seja ela concessão, permissão, autorização ou quando não houver qualquer vínculo formal), ocorrerá uma situação de pendência a ser resolvida.

(i) Referências bibliográficas

ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*, Malheiros Editores, São Paulo, 1999.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos*, "Revista de Direito Público", nº 96, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, out/dez de 1990, pp. 81-93.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Competências Administrativas dos Estados e Municípios — Licitações*, em "Revista Trimestral de Direito Público", nº 8, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, pp. 24-39.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Normas Gerais de Licitação — doação e permuta de bens de Estados e Municípios — aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados (comentários a acórdão do STF na ADI 927-3-RS),* em "Revista Trimestral de Direito Público", nº 12, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, pp. 173-191.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Concessão de Serviço Público: limites, condições e conseqüências da ampliação de encargos da concessionária.* Em "Direito Administrativo Brasil-Argentina – Estudos em homenagem a Agostín Gordillo". Coord. Farlei Martins Riccio de Oliveira. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2007, pp. 25-44.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. Transição da Exploração Precária para o Regime de Concessões: o Caso do Transporte Coletivo de Passageiros. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, fevereiro/março/abril, 2010. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-CARLOS-ARI-SUNDFELD-JACINTHO-ARRUDA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.